

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号: X200408047

UDC\_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

刑法变更与刑事裁判既判力  
——我国刑法第 12 条第 2 款的重构

Change the Criminal Law and Criminal Adjudged Force

——On the Re- construction of the subsection 2 of suction  
12 of the Criminal Law of PRC

陈 为 峰

指导教师姓名: 周 东 平 教 授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2007 年 10 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席:\_\_\_\_\_

评 阅 人:\_\_\_\_\_

2007 年 10 月

# 厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

## 内 容 提 要

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，是国家审判机关据以进行刑事裁判并执行刑罚的根据。刑法同其他法律一样，也在不断的发展和完善。既判力是指形成确定的终局判决内容的判断的效力。终局判决中的判断是根据国家审判权做出的，国家审判权是既判力产生的根据，根据刑事法律做出的生效裁判具有稳定的法律效力，从维护法律的权威性和社会秩序稳定性的角度出发，除因法律理由，不得随意变更。刑法的变更对于判决已经生效、甚至刑罚已经开始执行的案件的既判力是否会产生影响呢？对于这个问题，各个国家法律的立场不尽相同，理论界也存在新法的溯及力及于已经生效判决的相关主义原则、新法的溯及力不及于已经生效判决的分离主义原则和折衷主义原则三种不同的观点。根据我国刑法第十二条的规定，可以知道我国在既判力问题上采取的是分离主义原则。

本文通过对刑事既判力理论的研究，以价值权衡的方法对既判力的不同原则进行法理分析，并参考国外和其他地区的相关问题的立法例。笔者认为，相关主义原则的观点，符合罪刑法定原则的时代要求，符合溯及力从旧兼从轻原则的价值内涵，体现了刑法的公正、谦抑和人道精神，而且在许多国家已有先例。从理论上说，我国刑事立法应当抛弃分离主义原则，采用相关主义原则。但在实际操作中，鉴于我国的法制现状，主张在刑事立法上采取折衷主义原则，兼顾行为人的利益保护和判决效力的连续稳定，促进刑法维护社会秩序和保障人权二元机能的实现。

**关键词：**刑法变更；刑事既判力；价值权衡

## ABSTRACT

The Criminal Law provides that crime, the criminal and penal laws, according to the national judicial organs for criminal penalties referees and the implementation of the basis. Like the Criminal Code and other laws, but also continue to develop and improve. Criminal Adjudged Force refers to a set of final judgments in the judge's effectiveness. Final judgment in the judgment is made in accordance with national jurisdiction, the state jurisdiction is Criminal Adjudged Force arising under, in accordance with the entry into force of the criminal law to make referees a stable force of law to safeguard the legal authority and the stability of the social order perspective, except for legal reasons, are not allowed to randomly change. Changes to the Criminal Code judgment has been issued, even penalty cases has begun implementation of the Criminal Adjudged Force will have an impact? In this regard, the position of various state laws vary, there are also theoretical circles the retrospective effect and the new law in the judgment has been entered into force in the relevant principles of the new law Retroactivity in has been less than effective verdict separatist principles and the principle of eclecticism three different points of view. According to Article 12 of China's Criminal Law stipulates that can know in our country on the issue of Criminal Adjudged Force is the principle of separation.

Based on the theoretical study of criminal Adjudged Force, to weigh the value of the different methods on the principles of Criminal Adjudged Force legal analysis, and reference to foreign and other related issues in the legislative cases. The author believes that the relevant principles of perspective, in line with the principle of legality requirements of the times, with retrospective effect from the old principles and the value of a lighter meaning of the penal code of justice, Modesty and humanity, but there are precedents in many countries. In theory, China's criminal legislation should abandon the separatist principle, the principle of using correlation. However, in actual operation, in view of China's legal system status, and advocates criminal legislation adopted on the principle of eclecticism, balance the interests of the protection and effectiveness of the judgment for stability, and promoting the Penal

Code for maintaining social order and protection of human rights dual function can be achieved.

Keywords: Criminal Law changes; Criminal Adjudged Force; Weigh value

厦门大学博硕士论文摘要库

## 目 录

导 言 .....	1
第一章 刑事裁判的既判力 .....	3
一、既判力的概述 .....	3
二、刑事既判力原则的内涵 .....	4
三、刑事既判力原则的价值 .....	6
第二章 刑法第 12 条第 2 款的质疑 .....	9
一、我国刑事既判力的立法现状与质疑 .....	9
二、刑事既判力与刑法变更 .....	10
三、刑事既判力与刑法溯及力的价值冲突 .....	11
第三章 既判力相关主义与分离主义原则的价值分析 .....	12
一、均衡价值观的分析方法 .....	12
二、罪刑法定原则的分析 .....	12
（一）罪刑法定原则的价值蕴涵 .....	12
（二）罪刑法定原则的价值权衡 .....	13
三、罪刑相适应原则的分析 .....	14
（一）犯罪与刑罚 .....	14
（二）罪刑相适应原则的价值权衡 .....	15
四、刑法价值的分析 .....	16
（一）刑法的公正性 .....	16
（二）刑法的谦抑性 .....	17
（三）刑法的人道性 .....	17
第四章 我国刑事既判力原则的立法设想 .....	18
一、其他国家和地区相关问题的立法考察 .....	18
二、确立相关主义原则的现实困境 .....	20
三、折衷主义原则的立法设想 .....	21

结 语 .....	23
参考文献 .....	24

厦门大学博硕士论文摘要库



## Contents

<b>Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter 1 Criminal Adjudged Force of Criminal Judgment.....</b>	<b>3</b>
Section 1 Summary of Criminal Adjudged Force .....	3
Section 2 The principle of the criminal connotation of Criminal Adjudged Force .....	4
Section 3 The value of the principle of criminal Adjudged Force.....	6
<b>Chapter 2 The questioned subsection 2 of suction 12 Criminal                 Law Criminal Law.....</b>	<b>9</b>
Section 1 China's Criminal Adjudged Force and questioned the legislative status quo.....	9
Section 2 Changes in the Penal Code and Criminal Adjudged Force.....	10
Section 3 Criminal and criminal law retrospective effect of Criminal Adjudged Force the value of conflict.....	11
<b>Chapter 3 Analyzing of Criminal Adjudged Force associated                 with the value of the principle of separation .....</b>	<b>12</b>
Section 1 the values of equilibrium analysis method.....	12
Section 2 the principle of legality.....	12
(a) The value of the principle of legality Implication.....	12
(b) The value of the principle of legality weigh.....	13
Section 3 the principle of crime analysis suit.....	14
(a) Crime and punishment .....	14
(b) The value of the principle of crime in line weigh.....	15
Section 4 the value of the Criminal law .....	16
(a) The fairness of the criminal law .....	16
(b) The Modesty of Criminal law .....	17
(c) The humanity of the Criminal law.....	17
<b>Chapter 4 The conceive of our criminal legislation principles                 of Criminal Adjudged Force .....</b>	<b>18</b>

<b>Section 1</b>	<b>Other issues related to national and regional legislative study ..</b>	<b>18</b>
<b>Section 2</b>	<b>Establish the reality of the principles related difficulties .....</b>	<b>20</b>
<b>Section 3</b>	<b>The principle of legislative Eclecticism .....</b>	<b>21</b>
<b>Ending</b>	<b>.....</b>	<b>23</b>
<b>References</b>	<b>.....</b>	<b>24</b>

厦门大学博士论文摘要库

## 导 言

2001 年河北省石家庄市发生震惊全国的靳如超“3.16”特大爆炸案件。此后，为加大涉爆犯罪的打击力度，最高人民法院于 2001 年 5 月 15 日颁布了《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称解释），明确规定此类犯罪的最低数量标准，如《解释》第 1 条第 6 项“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存炸药、发射药、黑火药一千克以上或者烟火药三千克以上、雷管三十枚以上或者导火索、导爆索三十米以上的”，<sup>①</sup>就可以构成犯罪，依照刑法第 125 条第 1 款的规定，以非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪定罪处罚。《解释》第 2 条第 1 项又规定“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的数量达到本解释第一条第（一）、（二）、（三）、（六）、（七）项规定的最低数量标准五倍以上的”<sup>②</sup>就可以按照“情节严重”进行处罚，量刑起点在十年以上。但是，该《解释》实行后不久，最高人民法院发现该规定有欠妥当之处，又在 2001 年 9 月 17 日发出了《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的通知（以下简称通知），要求：“一、对《解释》施行前，行为人因生产、生活需要非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物没有造成严重社会危害，经教育确有悔改表现的，可以依照刑法第十三条的规定，不作为犯罪处理。二、对《解释》施行后发生的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等行为，构成犯罪的，依照刑法和《解释》的有关规定定罪处罚。行为人确因生产、生活需要非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物，没有造成严重社会危害，经教育确有悔改表现的，可依法免除或者从轻处罚。”<sup>③</sup>也就是说，《通知》免除了确因生产、生活需要而实行此类行为的可罚性。

《解释》施行后，笔者就参加过此类案件的审理，期间深刻地感受到某些农民为开山炸石等需要，买卖、储存爆炸物而被判处刑罚，甚至是十年以上的重刑，深感《解释》的合理性确有值得商榷之处。不久之后，最高人民法院发出了《通

① 载，最高人民法院公告 <http://www.court.gov.cn/lawdata/2001.5.15>.

② 同上.

③ 同上，2001.9.17.

知》，免除了确因生产、生活需要而实行此类行为的可罚性。可是在《通知》下发之前，已经根据《解释》作出判决且二审审理终结的案件，被告人已经被定罪并科以刑罚，有的甚至以“情节严重”被处以十年以上的重刑。这些案件的被告人现正在监狱里服刑。而《通知》下发后审理的案件或正在审理尚未终结的案件，确因生产、生活需要实行此类行为的被告人，都被无罪释放或免除刑罚。审理时间相差不远，判决结果却天壤之别，笔者在替部分被告人感到不公之余，也对相关的法律规定产生了质疑，努力想从法理上探求造成这一现象的本质原因，并开始了解刑事既判力的相关理论。

从上面的例子可以看出，在刑法的既判力问题中，当涉及刑罚的变更时，适用不同的法律会对行为人发生不同的影响，有时甚至影响行为人的自由、生命，在这种情况下，法律尊严、社会秩序、个人权利这些价值之间究竟如何取舍？从立法实践上来看，对于判决已经生效甚至刑罚已经开始执行的案件的既判力问题，各国刑法分别采取三种不同的原则：一是采取分离主义原则，即新刑法对施行前已经作出生效判决的行为无溯及力，如我国刑法；二是采取相关主义原则，即新刑法对施行前已经作出生效判决的行为有溯及力，如俄罗斯刑法；三是采取折衷主义原则，即新刑法对施行前已经作出生效判决的行为是否有溯及力，区别情况对待，如法国刑法。在既判力上采取的不同原则反映出一国对罪刑法定原则精神的贯彻程度。<sup>①</sup>试想一下，二个人在同一时间实行了同样的犯罪行为，一人先被审判并处于刑罚，另一人在逃；后刑法进行了修改，不再认为该行为是犯罪。按照我国刑法“从旧兼从轻”的原则，另一人的行为就不会再受到刑事追究。这样的例子在我们的现实生活中就存在，许多依据旧刑法被判处“投机倒把罪”的人还在监狱服刑，而和他们在同一时期有同样行为的人已经不再受到刑事法律的追究。这就在事实上造成有的人在自由地实施某一行为，有的人却因曾实施了同样的行为而在受刑。毫无疑问，对于受刑人而言，这是一种极大的不公，他们的人权和自由受到现实的侵犯。如何防止出现这种不公平的现象，需要从其源头即立法上加以改进。本文试图从刑事裁判的既判力角度入手，主要通过对刑事既判力理论的研究，结合刑法溯及力、刑罚的本质以及刑法价值的权衡，讨论相关立法改进的理论根据和方法。

① 王耀忠.刑事既判力在我国刑法中的重构[J].法律科学, 2002, (6): 121.

## 第一章 刑事裁判的既判力

### 一、既判力的概述

既判力原则是一项古老的诉讼原则，其最早可溯源至古罗马的“一案不二审”规则，既判力在现代诉讼法理论中是用以说明判决效力的一个基础性概念。既判力的内涵及其程序规则，在国外素有“解释现代诉讼裁判效力之圣经”的美誉，成为诉讼法的支柱理论之一。在国内，民事判决既判力被视为诉讼法的三大基础理论之一。而在刑事法领域，由于缺乏系统的学理支持，审判权之间的制约关系也相对薄弱。

既判力概念起源于罗马法，被两大法系所沿用，并广泛适用于刑事、民事、行政诉讼。在刑事诉讼领域，由于既判力往往涉及被追诉人的人权保障问题，许多国家都在宪法中对既判力的相关内涵予以规定。

在 1791 年的法国宪法中，“以同一罪行不受两次审判”这一法律格言所表达的“刑事既决事由对刑事的既判力”原则以宪法的形式确定下来。<sup>①</sup>德国基本法第 103 条第 3 项规定了一事不两罚原则，使得既判力的理论具有了宪法层次的地位。其字面含义是指禁止对同一犯罪行为处罚两次，但实际上在于保障已被处罚过的，或者法律裁判效力已确定之被判无罪的犯罪，不因同一行为再受到第二次诉追或刑罚。<sup>②</sup>日本宪法第 39 条和刑事诉讼法第 337 条第 1 项也规定，实体裁判在形式上一经确定，就发生一事不再理的效力。<sup>③</sup>美国宪法第 5 修正案规定，任何人均不得因同一罪行而两次受到生命或身体上的危险。双重危险是指美国宪法第 5 修正案所禁止的因为一个罪行被审判两次的现象。而在英国，没有成文宪法，在其宪法性文件中也没有规定既判力的相关原则。但是，早在 13 世纪的判例中，就确立了普通法的既判力原则，即前经开释或前经定罪原则，认为任何人都不得因一个罪名遭遇两次危险。

可以看出，既判力原则在各国体现为不同的概念，如英美法系国家的禁止双重危险规则、前经定罪或前经开释规则与禁止程序滥用规则，大陆法系国家的一

① [法]卡斯东·斯特法尼等.法国刑事诉讼法精义[M].罗结珍译,北京:中国政法大学出版社,1999.788.

② [德]Claus Roxin.德国刑事诉讼法[M].吴丽琪译,台北:三民书局,1998.544.

③ [日]田口守一.刑事诉讼法[M],刘迪等译,北京:法律出版社,2000.302.

事不再理原则、刑事既决事由的既判力、实体效力确定等。而关于这些概念之间的关系,尤其是既判力与英美法系的禁止双重危险规则和大陆法系的一事不再理原则之间的关系,则存在不同的观点。日本学者田口守一指出,英美法中的禁止双重危险规则与大陆法中的一事不再理原则,实际上都来源于罗马法。<sup>①</sup>

我国理论界通常认为,禁止双重危险规则是英美法系刑事诉讼程序中的一项基本规则,在大陆法系国家被称为一事不再理原则,但后者是适用于刑事和民事诉讼的通称。即认为在大陆法系国家实行一事不再理原则,而在英美法系国家实行禁止双重危险规则,二者在刑事诉讼领域是相对应的概念。<sup>②</sup>这一观点揭示了两大法系刑事诉讼中适用既判力原则的差异,但没有追根溯源,寻求两大法系不同规定之下所蕴涵的相同或相似的理念,即既判力原则。

也就是说,古老的既判力原则是各国一事不再理、禁止双重危险等相关原则或者规则的渊源,诸多的原则或者规则是既判力的不同表现形式。在不同的概念之下,各原则或者规则都具有由既判力原则决定的实质相似的基本内涵。具有悠久历史传统的既判力原则决定了各国关于裁判效力问题在不同的名称之下相同或者相似的价值取向和立法目标,而其名称及具体制度方面的差别是各自的历史传统、司法环境、社会条件等各方面综合作用的产物。

## 二、刑事既判力原则的内涵

一项程序或制度应当建立在对人类自身的理性分析基础之上,而不应仅仅根据历史传统。既判力作为一项古老的诉讼原则能够延续至今,并成为近现代刑事诉讼的一项基本原则,根源于它对刑事诉讼客观规律的正确反映,以及在近现代刑事诉讼价值目标体系下的价值重塑。

既判力是指形成确定的终局判决内容的判断的效力。<sup>③</sup>而终局判决中的判断是根据国家审判权做出的。即国家审判权是既判力产生的根据。法国学者均认为,既判力原理的真正依据是讼争不应该无休止地拖下去,而当事人已经获得司法组织审理层次的保障,即双重审级和最高法院的监督。法官的判断会有差错,新的判决同样会有差错,所以最好的办法是,如果第一次判决是在所有正规的保证

① [日]田口守一.刑事诉讼法[M],刘迪等译,北京:法律出版社,2000.303.

② 陈光中,郑未媚.试论我国刑事审判监督程序之改革[J].中国法学,2005,(2):172.

③ 叶自强.论既判力的本质[J].法学研究,1995,(5):23.

已经做到的情况下制成的，就视为讼争已经得到一次性的解决。<sup>①</sup>日本学者认为，终局判决是作为国家机关之一部分的法院做出的，为了维护自己的权威，法院必须尊重国家自己所作出的判断，即使是把同一事项再次作为问题在诉讼中提出时，也应以该判断为基础判断当事人之间的关系。<sup>②</sup>因此，通说认为既判力的真正根据是国家的审判权。

一般来说，刑事判决的既判力是国家通过颁布刑事诉讼法来赋予的，这一点各国概莫能外。由此说明，既判力的目的从属于刑事诉讼的目的。刑事诉讼本质上是国家实现刑罚权的专门活动，国家最初设立刑事诉讼程序的目的就是在查明案件真相的基础上惩罚和控制犯罪，以维护社会的秩序与安全。因此，查明案件真相、实现“实体真实”一直被视为刑事诉讼最基本的价值目标。但是现代刑事诉讼功能的多元化决定了其所追求的不可能是单极价值目标，而只能是一个多元目标兼容的价值体系。

在这一价值体系中，实体真实要受到其他价值目标的衡平与制约：一是受到诉讼效率价值目标的制衡，即国家不为发现实体真实而不计成本。法律同社会经济生活的密切联系使其无法回避经济功利规则的支配，刑事诉讼也不例外。刑事诉讼作为人类的一种社会性活动，需要国家投入大量的人力、物力和财力，因为刑事司法资源具有高消耗性。而社会对惩治犯罪需求的无限性，使得司法资源总是处于稀缺状态，这就要求任何理性化的刑事诉讼程序在设计和运作上都必须具备一定的经济合理性，必须遵循成本投入最少而产出最大的效益规律，必须重视程序的经济性，不能为发现实体真实而不惜代价。二是受到人权保障价值目标的制衡，即国家不能为发现实体真实而置被告人的基本人权于不顾，过度侵害公民的个人权利。在一个民主的社会结构中，国家公权与公民的个人权利之间应维持合理的张力。为维护社会的秩序与安全，国家公权有其存在的合理性，但国家公权的行使往往以侵犯公民的个人权利为代价，因此国家公权在行使时应当谦抑，因国家公权的行使而给公民个人权利造成的损害应当控制在必要的最低限度之内。刑事诉讼作为一种国家强制性活动，其启动与运行势必在一定程度上侵及公民的个人权利，为防止国家滥用刑事司法权给公民个人权利造成不必要的损

<sup>①</sup> 沈达明.比较民事诉讼法初论(上册)[M].北京:中信出版社,1994.108.

<sup>②</sup> [日]兼子一,竹下守夫.民事诉讼法 [M].白绿铉译.北京:法律出版社,1995.156.

害，刑事诉讼在程序设计和运作上必须重视刑事司法手段的谦抑性，以实现国家公权的自我限制和公民个人权利的保障，不能为查明事实真相、发现实体真实而置公民个人权利于不顾，肆意践踏公民人权<sup>①</sup>。现代刑事诉讼价值体系的这种多元兼容、相互制衡的状态深刻地影响着刑事诉讼程序的设计和运作。一方面，与该价值目标体系相冲突的传统诉讼原则或制度被更为先进的现代诉讼原则或制度所取代，如有罪推定原则让位于无罪推定原则；另一方面，一些传统的刑事诉讼原则或制度的价值和功能得到了重新认识与挖掘，并按照现代刑事诉讼价值目标体系的要求予以重新诠释。在奴隶制与封建制社会，既判力的根本价值在于维护统治权威；但在近现代社会，经过重新诠释，既判力发生了价值变化，基本价值取向立足通过对刑事诉讼实体真实价值目标的合理抑制，来促成诉讼效率与人权保障价值目标的实现，从而维持整个刑事诉讼价值目标体系的平衡状态。

### 三、刑事既判力原则的价值

“刑事既判力原则在产生初期是为了维护审判的权威进而维护统治权威而存在的，随着法律理念的演变，既判力原则在近现代社会经过了重新诠释，从而获得新的价值根基。”<sup>②</sup>刑事既判力主要植根于诉讼终局性的价值，不论审判因何而起，终须因判决而终。只有这样，诉讼当事人的生活才能正常继续，司法机关的工作才能良性循环。具体而言，任何纠纷的存在都意味着某一社会关系处于不稳定状态，因此，应该尽快使纠纷得到终局性的解决，从而使出现动荡的社会关系尽快恢复稳定。如果把刑事既判力的终局性价值作进一步分析，主要表现在以下几个方面：

首先，维护诉讼的终局性有利于保证法的安定性。法的安定性，是法的公正性的重要内容，同时也是维护法律权威及实现秩序价值的必然要求。反之，如果法的实施朝令夕改，公正就无从谈起，法律权威就难以确立，秩序价值就难以实现。既判力原则最重要的着眼点，即在于维护秩序的稳定和社会及法律的安宁，是在一定条件下追求实体真实价值目标让位于法的安定性价值的结果。

其次，维护诉讼的终局性是对被告人人权的重要保障。国家通过刑事诉讼来实现刑罚权，诉讼程序的启动与进行无疑给被告人的权利带来不利的后果，尽管

<sup>①</sup> 左卫民,周长军.刑事诉讼的理念[M].北京:法律出版社,1999.151.

<sup>②</sup> 谢佑平,万毅.刑事诉讼法原则:程序正义的基石[M],北京:法律出版社,2002.395.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库